



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -

Bogotá, D.C., 17 OCT. 2017

Expediente: 2015-00883
Demandante: LUZ MARINA MARTÍNEZ DÍAZ
Demandada: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONPREMAG
Asunto: Descuentos en salud
Sentencia: 66

No encontrándose causal que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y vencido el término para presentar por escrito los alegatos de los sujetos procesales, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Marina Martínez Díaz actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 27 de noviembre de 2015 (f. 23), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

A. PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

1. Se declare la existencia del silencio administrativo negativo, en relación con el derecho de petición radicado ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que la demandante solicitó la devolución y suspensión de los descuentos en salud de la mesada adicional de diciembre.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que ordene a la Fiduciaria la Previsora en calidad de administradora de sus recursos el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, desde la adquisición del estatus de pensionada hasta la fecha y suspender los descuentos en mención.

3. Condenar a la entidad demandada al pago en forma indexada, del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de la adquisición del estatus de pensionada, aplicando para tal fin la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E.

4. Se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente se reconozcan los intereses a partir de la respectiva sentencia, tal como lo establece el artículo 192 *ibídem*.

5. Condenar a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4º del CPACA se realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial.

6. Se condene a la demandada en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 *ibídem*.

B. NORMAS VIOLADAS

Citó como normas violadas algunos artículos de la Constitución Política, Ley 91 de 1989, Ley 4ª de 1966, Ley 100 de 1993, Ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1073 de 2003, Ley 1250 de 2008 y Ley 812 de 2003.

C. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora se refirió a la normatividad aplicable a los docentes e indicó que el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales.

Indicó que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes pensionados, pues los obligó a partir de su vigencia a asumir la totalidad de la cotización que es del 12% toda vez que la norma remite a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por lo que resulta enteramente aplicable lo señalado en el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, que estableció que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Indicó que conforme con la sentencia del Consejo de Estado del 3 de febrero de 2005 se dejó sin efectos los descuentos por concepto de salud de la mesada adicional del mes de diciembre, consagrada en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

D. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 14 de abril de 2016 (f. 32), se admitió la demanda, providencia que fue notificada mediante estado el 5 de abril de 2016.

2. Contestación de la demanda

Debidamente notificada la demanda propuesta por el actor, las entidades accionadas guardaron silencio.

3. Audiencia inicial

El 30 de marzo de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual se agotaron las etapas previas y se dispuso la práctica de pruebas (ff. 56 - 58); una vez recaudadas se corrió traslado a las partes y se concedió término para alegar de conclusión mediante providencia del 30 de junio de 2017 (f. 193).

4. Alegatos de conclusión

Dentro del término legal, las entidades demandadas guardaron silencio.

Por su parte, la parte actora presentó sus alegatos de conclusión (f. 195 y vto.); sin embargo, no se tienen en cuenta por cuanto el doctor Porfirio Riveros Gutiérrez reasumió

el poder el 30 de marzo de 2017(f. 55), con lo cual quedó revocada la sustitución realizada el 14 de diciembre de 2016, a la doctora Nelly Díaz Bonilla (f. 51), al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 75 del C.G.P.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y a decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la configuración y consecuente nulidad del silencio administrativo en que incurrió la Secretaría de Educación de Bogotá frente a la solicitud de reintegro y suspensión de los valores descontados en exceso para salud.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si hay lugar a ordenar la **devolución y suspensión** de los descuentos que por concepto de salud se vienen realizando en las mesadas pensionales adicionales de diciembre.

C. HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Mediante **Resolución No. 2765 del 1º de julio de 2010**, la entidad demandada reconoció a la accionante pensión de jubilación, con efectividad a partir del 26 de septiembre de 2009 (ff. 3 - 6).
2. Según el formato único de expedición del certificado de historia laboral, la demandante se vinculó como docente territorial desde el 3 de septiembre de 1981 (f. 92).
3. Obra comprobante de pago en el que se certifica el descuento del 12% por salud que se hace sobre la mesada adicional de diciembre (f. 10).
4. La demandante elevó solicitud de suspensión y reintegro de todos los descuentos en salud que se efectúan a sus mesadas adicionales (f.7).

D. DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Una vez estudiado el proceso de la referencia se observa que ocurrió el silencio administrativo negativo de conformidad con el artículo 83 del CPACA, en la medida que la actora presentó petición solicitando la suspensión y reintegro de los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales, y la entidad peticionada no dio respuesta de fondo a lo solicitado, razón por la cual, se entenderá que su respuesta frente a tal solicitud es negativa.

Configurado de esta manera el silencio administrativo negativo, el administrado queda habilitado para acudir directamente a la jurisdicción, en tanto que conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 161 *ejúsdem*. "*El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto*".

E. ANÁLISIS DEL DESPACHO

1. Marco jurídico de los descuentos para seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilitó la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales. No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues los obligó, a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad una cotización del 12%, toda vez que la norma para estos efectos remitió a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De esta manera, , el efecto del incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no es otro que la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, en la que argumentó que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de cancelar la totalidad de la cotización en salud, prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, equivalente al 12% de su mesada pensional¹.

Siendo así, para no resulta procedente la mixtura de normas por lo que no es acertado aplicar el segmento del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, que posibilita la deducción incluso en las mesadas adicionales, y por otra, aplicar en lo más favorable a la entidad, el monto del 12.5% de la cotización prevista en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, lo que resulta contrario al principio de inescindibilidad.

Estima el Despacho que en virtud de la derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y en aplicación de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para el tema en estudio debe darse aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y demás normas que las modifican y derogan, entre ellas, lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002².

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró nulo parcialmente el parágrafo de la citada norma, únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada de junio), siendo claro la improcedencia de los descuentos frente a la mesada prevista en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 (mesada de diciembre)³. Con el mismo razonamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la Sala de

¹ Corte Constitucional. C-369 del 27 de abril de 2004. *"En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*¹ (negrilla fuera de texto).

² Decreto 1073 de 2002 *"Por el cual se reglamenta las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media". "ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.// (...) PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales."* (Negrilla fuera de texto).

³ Consejo de Estado, la Sección Segunda, Sentencia del 3 de febrero de 2005.

Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre⁴.

Así las cosas, nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho.

2. Caso concreto

Se encuentra probado que a la demandante mediante **Resolución 2765 del 1º de julio de 2010** le fue reconocida pensión por parte de la entidad accionada (f. 3 a 6), la cual viene siendo pagada a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, observándose en el extracto visible a folio 10 los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre pagadas a la actora.

Asimismo, se encuentra probado que la demandante elevó petición ante la Secretaría de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con la respuesta obrante a folio 7, a fin de obtener la suspensión en los descuentos que por concepto de salud se hace en sus mesadas adicionales, la cual no fue resuelta de fondo.

Así las cosas, atendiendo la normatividad aplicable al caso bajo estudio y el precedente jurisprudencial al que se ha hecho referencia en esta sentencia, a la demandante le asiste el derecho a la suspensión y reintegro de los valores descontados por concepto de salud de sus mesadas adicionales de diciembre.

Se concluye entonces que el correcto proceder de la entidad demandada, debió estar dirigido a acceder a lo solicitado por la accionante, razón por la cual el Despacho encuentra probados los cargos de nulidad invocados contra el acto administrativo demandado por resultar contrario a las disposiciones legales que regulan la materia.

En consecuencia, prosperan las pretensiones de la demanda y se ordenará a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - representado por el Ministerio de Educación Nacional y a la FIDUPREVISORA S.A. como entidad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, suspender los mencionados descuentos y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales de diciembre, desde la fecha del reconocimiento del status pensional.

E. Prescripción de mesadas

En lo relativo a la efectividad del reajuste ordenado y en lo concerniente a la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 – artículo 102), se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución 2765 del 1º de julio de 2010 a partir del 26 de septiembre

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064

de 2009 y que elevó petición que obtuvo respuesta el 9 de julio de 2012 (f. 7), es decir interrumpió la prescripción que venía corriendo.

En consecuencia, se ordenará el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de **diciembre**, a partir del día **26 de septiembre de 2009**, fecha a partir de la cual percibe su pensión, tal como se indicará en la parte resolutive de la sentencia.

F. Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago⁵.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

3. De las costas

El Despacho, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se ha comprobado un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de ésta⁶. Así mismo, no se comprobaron los hechos que acreditan su causación como se exige en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P.

Advierte el Despacho que las normas citadas, la jurisprudencia anunciada y el desarrollo del tema en extenso quedan consignados en el acta de esta diligencia.

III. DECISIÓN

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 25 de mayo de 2006. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) "(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas".

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR NULO el acto ficto generado, en cuanto negó la suspensión y devolución de los descuentos en salud de la mesada adicional de diciembre, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a las entidades demandadas a la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de diciembre y **CONDENAR** a la **NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - LA FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S. A.**, como entidad administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a **RESTITUIR** a favor de la señora **LUZ MARINA MARTÍNEZ DÍAZ** el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, causadas a partir del **26 de septiembre de 2009**, fecha de efectividad de la pensión, sumas estas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- SE DARÁ cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos en los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

QUINTO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P.

SEXTO.- Contra esta decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ

